

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

CAMILA OLIVEIRA GIACOMETO

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

UBERLÂNDIA

2018

CAMILA OLIVEIRA GIACOMETO

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

UBERLÂNDIA

2018

Camila Oliveira Giacometo

O FENOMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Dr. Fernando Rodrigues Martins

Orientador

Dr. Marco Aurélio Nogueira

Dedico este trabalho aos meus amados e admirados pais, Rose e Euripedes.

Registro aqui minha eterna e imensa gratidão pelos valores e aprendizados transmitidos.

“Seja a mudança que você quer ver no mundo”

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma análise a respeito do fenômeno chamado judicialização da saúde suplementar no Brasil – considerado, atualmente, um dos temas de maior repercussão dentro do mundo jurídico. O reconhecimento da saúde como direito fundamental dado pela Constituição Federal de 1988 e a vinculação do direito à saúde ao princípio da dignidade da pessoa humana são a base para a discussão. Também são observados os antecedentes históricos que serviram de base para tal reconhecimento – especialmente a Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial - bem como as consequências que derivaram de tal reconhecimento – destacando, no âmbito nacional, a edição da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como a aplicação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor em processos judiciais envolvendo saúde suplementar. Por fim, expõe o resultado de pesquisa realizada junto aos dados públicos fornecidos a respeito das demandas ajuizadas que versam sobre conflitos entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, com a apresentação de propostas para a (des)judicialização da saúde.

Palavras chave: Dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais; direito à saúde; saúde suplementar;

LISTA DE SIGLAS

ACDT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

CAP – Caixa de Aposentadoria e Pensões

CASSI - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos

IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensão

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

NAT-JUS - Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU - Organização das Nações Unidas

PROCON - Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BREVE ESCORÇO SOBRE O DIREITO À SAÚDE	11
A FORÇA DA CONSTITUIÇÃO.....	11
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
Breve histórico sobre direitos humanos	13
Dos direitos sociais.....	19
Do princípio dignidade da pessoa humana	21
O direito fundamental social à saúde e sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana	23
2. HISTÓRICO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA ATINENTE AO DIREITO À SAÚDE	27
DIALÓGO ENTRE A LEI N 9.656/98 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	35
DAS OPERADORAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	39
Conceito	39
Características dos contratos de planos de assistência à saúde	41
DADOS SOBRE OS BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL	43
3. FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	46
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	48
Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	50
Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do São Paulo	52
Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	54
PROPOSTAS PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Conforme dados da Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS), atualmente, mais de 47 milhões de brasileiros são beneficiários de planos de assistência à saúde¹. No âmbito nacional, os serviços prestados por mais de mil operadoras com registro ativo são utilizados como forma de garantir a proteção do direito à saúde, dado que, notadamente, o sistema público brasileiro, denominado Sistema Único de Saúde, tem se mostrado cada vez mais deficitário e ineficiente.

Os serviços de assistência à saúde possuem escopo constitucional, já que a Constituição Federal de 1988 definiu, em seu art. 196, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e, no art. 197, que cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Paralelamente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga, anualmente, os dados vinculados aos números do Poder Judiciário, sendo sensivelmente visível o aumento das demandas encaminhadas ao órgão julgador que possuem como objeto questões versando sobre direito à saúde. Essa situação acaba por gerar um fenômeno que passou a ser denominado “judicialização da saúde”, objeto de estudo do presente trabalho.

No primeiro capítulo do presente trabalho, há destaque dos antecedentes históricos - tanto no âmbito internacional, como no âmbito nacional - que contribuíram para o reconhecimento dado a partir da Constituição de 1988, qual seja, a saúde passou a ser declarada como um direito fundamental social, devendo o Estado garantir sua proteção. Ademais, ressalta-se o desenvolvimento dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, bem como o vínculo entre a dignidade da pessoa humana - considerada fundamento da República - e o direito à saúde.

No segundo capítulo, há a apresentação da produção legislativa relacionada ao direito à saúde no Brasil, considerando a influência do momento histórico-político-econômico da época na edição dos diplomas normativos relacionados ao tema. Há o apontamento das principais características de cada uma das normas, especialmente, do Decreto-Lei nº 73/66 e, no cenário

¹ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2008-2018). Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais> > acesso em 28 nov. 2018;

pós Constituição de 1988, da Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) – que está intimamente ligada à criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia federal responsável, especialmente, pela fiscalização das atividades das operadoras de assistência à saúde. Além disso, é demonstrada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas lides envolvendo o tema.

O terceiro capítulo do presente trabalho é dedicado ao estudo da judicialização da saúde suplementar, com a demonstração de tal fenômeno através de dados coletados em órgãos oficiais, sendo objeto de estudo os três maiores tribunais estaduais do País: o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para tanto, o presente estudo considerou tanto o número de beneficiários de planos de saúde, como o número de acórdãos prolatados nos respectivos tribunais entre os anos de 2013 e 2018. Por fim, são apresentadas propostas de medidas que poderão ser adotadas por aqueles que – direta ou indiretamente – são interessados nas demandas judiciais sobre saúde suplementar, dando atenção, principalmente, a mecanismos para a solução consensual e extrajudicial do conflito, já que a judicialização da saúde, atualmente, representa um grande impacto tanto nos orçamentos das operadoras de planos de saúde, como na quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário.

1. BREVE ESCORÇO SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A FORÇA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição é considerada para um Estado a norma de maior importância dentro de seu ordenamento jurídico. Tal diploma, em uma apertada síntese, pode ser conceituado tanto do ponto de vista sociológico, como dos pontos de vista político e jurídico.

A concepção sociológica de constituição é amplamente associada ao escritor alemão Ferdinand Lassale², que defende que a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade, ou seja, nas palavras de Barroso, representa “o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado”³. Desse modo, a Constituição jurídica acaba sendo mera “folha de papel”, pois está limitada a conversão de tais fatores reais de poder em instituições jurídicas.

A partir do enfoque político, dado por Carl Schmitt, José Afonso da Silva explica a constituição pode ser considerada como

decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência a unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental⁴

Considerando o ponto de vista jurídico, o conceito é subdividido em duas categorias: no sentido material, ou seja, “quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra os valores e indica fins públicos a serem realizados”⁵. Por outro lado, há o ponto de vista formal, que define a Constituição quanto a sua localização no ordenamento jurídico, ou seja, a norma é conceituada

² LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 40: os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”;

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013;

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores: 2014, p. 40;

⁵ BARROSO, op.cit., p. 97;

como a norma fundamental e superior, responsável por estabelecer o modo de elaboração das demais normas do ordenamento jurídico, bem como limitar o seu conteúdo.

Tal sentido está intimamente ligado à teoria elaborada por Hans Kelsen, considerado um dos maiores juristas do século XX, responsável por estabelecer que:

a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁶

Sintetizando, o jurista austríaco entende que a ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, sendo que no topo deste está a Constituição, tida como fundamento de validade de todas as demais normas que o integram.

Nessa linha de pensamento, a supremacia constitucional merece destaque no presente tópico, vez que está intimamente ligada com a posição ocupada pela Constituição Federal em no ordenamento jurídico pátrio, pois:

significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. E, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela, que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas⁷

Percebe-se, portanto, uma interessante variação quanto a concepção de constituição. Contudo, em relação ao presente trabalho, deve ficar destacado a importância desse diploma como norteador para todo o ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Ademais, é importante gizar que a Constituição representa tanto para o Estado, quanto para a sociedade, pois é o diploma normativo que confere poder e direitos aos cidadãos, bem como pauta a atuação estatal, já que limita o poder político dos sujeitos que se encontram em posições de poder.

Nesse sentido, Barroso entende que “a Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da

⁶ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 115;

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores: 2014, p. 47;

humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados”⁸.

Conclui-se, portanto, tal como ocorre no ordenamento jurídico nacional, devido ao reconhecimento da supremacia constitucional, as demais normas de um ordenamento jurídico devem observar o conteúdo dos preceitos constitucionais, sob pena de violação da segurança existente para a manutenção do chamado Estado de Direito.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Breve histórico sobre direitos humanos

Antes de tratar especificamente dos direitos fundamentais, bem como reconhecer a saúde como integrante de tal grupo de direitos, faz-se necessário delinear sua relação com outro grupo de direitos inerentes a pessoa humana, qual seja: os direitos humanos.

A Magna Carta de 1215 representa um grande marco histórico quanto aos direitos humanos - muito embora o autor Fábio Konder Comparato afirme em sua obra que o primeiro momento histórico relacionado a essa categoria de direitos esteja ligado ao nascimento da Filosofia, tanto na Ásia, quanto na Grécia – pois o mencionado documento que tinha como objetivo a limitação da soberania do monarca é importante, já que

não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.⁹

Outros dois documentos históricos que podem ser ressaltados são a Lei de Habeas Corpus de 1679 e a Declaração de Direitos (Bill of Rights) de 1689, ambos responsáveis por garantir, na época, as liberdades sociais, seguindo a linha de direito à liberdade.

A Lei de Habeas Corpus como o próprio nome sugere, objetivava atribuir eficácia de remédio constitucional ao *habeas corpus* – que “advém da ideia de que o Direito Inglês

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 98;

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5ª ed., ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79/80

condiciona a existência de direitos à existência de ação judicial própria para a sua defesa, ou seja, são garantias processuais que criam o direito e não o contrário¹⁰”.

Por outro lado, quanto a Declaração de Diretos (Bill of Rights) de 1689, o doutrinador brasileiro Dirley da Cunha Júnior sustenta que

o *Bill of Rights* eliminou o regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emanava do rei e em seu nome era exercido. Ele representou a passagem para a monarquia constitucional, organizada com base na divisão de poderes, criando uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise é de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. Tamanha importância dessa declaração de direitos que, ainda hoje, permanece como um dos mais importantes documentos constitucionais do Reino Unido¹¹

Apesar dos documentos supracitados serem apontados como importantes antecedentes históricos para explicar a origem dos direitos humanos, o nascimento destes direitos é umbilicalmente ligado a dois eventos históricos para o mundo ocidental: a Independência dos Estados Unidos da América, ocorrida 4 de julho de 1776, e a Revolução Francesa.

No contexto histórico da Independência dos Estados Unidos da América surgiu Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia – que foi elaborada para proclamar os direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano – é considerada a primeira exposição de uma série de direitos do homem.

Josiane Araújo Gomes entende que o citado evento histórico representa

o ato inaugural da democracia moderna, por combinar a proteção desses direitos à representação popular com limitação de poderes governamentais. O traço da sociedade americana formada pela independência das 13 colônias era o princípio da igualdade jurídica entre os homens livres, o qual se resumia apenas à igualdade perante a lei – ou seja, era preservada a garantia fundamental da livre concorrência. Além disso, restou consagrada a proteção das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular¹²

Já no contexto histórico da Revolução Francesa surgiu a célebre Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789, cuja base reflete o lema da revolução: igualdade, liberdade e fraternidade.

¹⁰ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016. P. 30

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 10 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 505

¹² GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016. P. 30

O jurista José Afonso da Silva indica que “o que diferenciou a Declaração de 1788 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante. Sua visão universal dos direitos do homem constituiu uma de suas características marcantes”¹³.

Nessa perspectiva, o evento considerado como responsável pela expansão dos direitos humanos no âmbito internacional – a chamada “internacionalização dos direitos humanos” - foi a Segunda Guerra Mundial, já que o conflito representou uma enorme violação – por parte dos Estados - de direitos inerentes ao homem, um enorme atentado à dignidade humana. Desse modo, o pós-guerra representou o momento que a humanidade refletia sobre as crueldades vividas na época, fazendo com que toda a sociedade internacional repensasse sobre as necessidades de garantir efetivamente tais direitos.

Por isso, em razão de todo o cenário narrado, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, durante a Conferência de São Francisco, é considerada

consequência direta da Segunda Guerra Mundial e do interesse dos Estados que venceram o conflito em reorganizar o mundo em bases que evitassem novos conflitos armados, que incluíam: a promoção da dignidade humana e o respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos, a igualdade entre as pessoas, os povos e os Estados, a promoção do progresso econômico e social; e a proibição do uso da força nas relações internacionais, a não ser no interesse comum da sociedade internacional¹⁴

Vale destacar que a ONU é sucessora da Liga das Nações, que existiu entre 1919 e 1947, que tinha objetivo bastante semelhante ao da organização internacional, vez que visava garantir a paz e a segurança internacionais, bem como promover a cooperação econômica, social humanitária entre seus membros. Entretanto, a entidade sucumbiu diante das tensões que tiveram como consequência a Segunda Guerra Mundial.

Ademais, em dezembro de 1948, foi consagrada a Declaração Universal de Direitos Humanos que, conforme expõe, André de Carvalho Ramos, *in verbis*:

contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada por 48 votos a favor e sem voto em sentido contrário, houve oito abstenções (Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Honduras e Iêmen não participaram da votação.

Nos seus trinta artigos, são enumerados os chamados direitos políticos e liberdades civis (artigos I ao XXI), assim como direitos econômicos, sociais e culturais (artigos XXII– XXVII). Entre os direitos civis e políticos constam o direito à vida e à integridade física, o direito à igualdade, o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores: 2014, p.1

¹⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 10ª ed. rev., atual. E ampl.. Salvador, 2018: JusPODIVM, 2018, p. 271.

e à liberdade de reunião. Entre os direitos sociais em sentido amplo constam o direito à segurança social, ao trabalho, o direito à livre escolha da profissão e o direito à educação, bem como o “direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (direito ao mínimo existencial – artigo XXV).¹⁵

A tríade lema da Revolução Francesa é considerada como os três princípios fundamentais quando se trata de direitos humanos, conforme se observa no art. 1º da DUDH, *in verbis*: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

É importante ressaltar que, apesar do grande reconhecimento que a Declaração de 1948 tem no âmbito internacional, ela, tecnicamente, é uma Resolução da Organização das Nações Unidas e, por isso, não possui força de lei, sendo considerada uma recomendação a ser observadas pelos Estados.

Nesse sentido, Piovisan afirma que:

a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de — na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX — ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.

Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A Declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais.¹⁶ Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas.

Desse modo, observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada um marco na história da humanidade e vem sendo observada e usada como parâmetro na atuação dos Estados no âmbito global.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49/50;

¹⁶ PIOVISAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 131/132

Direitos fundamentais na Constituição Federal

Apesar do enorme debate a respeito do conceito de direitos fundamentais, sinteticamente, define a doutrina majoritária que, no âmbito nacional, os direitos humanos assumem a terminologia de direitos fundamentais, ou seja, são aqueles válidos dentro de um determinado ordenamento jurídico. Segundo Canotilho, “os direitos do homem, juridicamente garantidos e limitados espaço-temporalmente”¹⁷

Considerando o histórico das constituições brasileiras, Paulo Bonavides¹⁸ entende que a Constituição Federal de 1988 é “morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos Direitos Fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania”, uma vez que é considerada um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, quando comparada com suas antecessoras, já que

os Direitos Fundamentais, tais como postos atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, passaram a ser melhor difundidos com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reservou espaço de destaque aos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988, art. 5º)¹⁹

Em detida análise do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é possível observar que

são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade);(b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e ser eleito), chamados também direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou liberdades-participação), pois estas constituem apenas: aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade 'social etc.); (e) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a CF adotou como direitos-coletivos (art. 5º); (j) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade).²⁰

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 369;

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004

¹⁹ WLOCH, F.; DA SILVA, C. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DE CANOTILHO E DE ALEXY. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 9, n. 2, p. 272 - 287, 19 jun. 2017.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores: 2014, p. 185/186;

Desse modo, os direitos fundamentais previstos na Constituição vigente podem ser classificados em cinco grupos: direitos individuais (art. 5º), direitos da nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes) – rol onde está localizado o direito à saúde, objeto do presente estudo – direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225).

Observa Ferrajoli que “na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipuladas como merecedoras de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de Direitos Fundamentais”²¹.

Assim, direitos fundamentais são aqueles dotados de inviolabilidade e que devem ser observados dentro de um ordenamento jurídico nacional, sendo que o critério da inviolabilidade deve servir para perceber

a diferenciação entre os direitos fundamentais e os demais direitos positivados no ordenamento jurídico, uma vez que a inviolabilidade supõe a existência de relação de precedência dos direitos fundamentais em face dos demais direitos – o que nem sempre pode ser garantido, sendo indispensável a análise do caso concreto com suas delimitações.²²

Ainda em relação aos direitos fundamentais é interessante a classificação como direitos formal e materialmente constitucional.

De acordo com a clássica divisão, os direitos fundamentais que são consagrados e reconhecidos no texto constitucional de determinado Estado são denominados de direitos formalmente constitucionais. Tal categoria é importante, já que, conforme entende Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,²³ essa situação traduz em uma força vinculativa do direito fundamental decorrente da superioridade da norma constitucional.

É válido fazer um complemento, pois analisando a disposição de texto da Constituição Federal de 1988, percebe-se que, muito embora exista uma parte denominada “título II – dos direitos e garantias fundamentais”, os direitos fundamentais não estão concentrados apenas nessa parte. Na verdade, tais direitos estão dispersos em todo o texto da lei maior.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Sequência, Florianópolis, v. 31, n. 60, p.29-73, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2010v31n9/15066>>. Acessado em 11 de novembro de 2018.

²² ALVES, Cândice Lisboa. Direito Fundamental à saúde: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013; p. 25;

²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos Direitos Fundamentais. 3.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 120;

Por outro lado, os direitos fundamentais classificados como materialmente constitucionais são aqueles que possuem conteúdo de direito fundamentais e, por isso, conforme o jurista José Carlos Vieira de Andrade²⁴, em função da *substância* da disposição que vinculam, serão considerados como direitos materialmente constitucionais apesar de não estarem inscritos na Cártula Constitucional.

Dos direitos sociais

Resumidamente, os direitos sociais – ao lado dos direitos econômicos – representam os direitos intitulados como direitos de segunda geração, o que a doutrina entende como sendo aqueles direitos que dependem de uma prestação positiva do Estado para que possa ser observado o exercício dessa categoria de direitos.

O surgimento de tal classe de direitos está vinculado aos movimentos sociais do século XIX e início do século XX²⁵ que foram responsáveis pela mudança do Estado liberal para o Estado social. O objetivo dessa mudança era justamente garantir a igualdade material entre os indivíduos.

O Estado Liberal – que serviu como plano de fundo para o surgimento dos direitos sociais – estava pautado nos direitos fundamentais de primeira dimensão. Essa primeira dimensão de direitos teve como influência o primeiro valor consagrado pela Revolução Francesa – a liberdade - e buscava lutar contra os abusos que ocorreram durante todo o regime absolutista, bem garantir a proteção do indivíduo.

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 75;

²⁵ WOLKMER, 2002, p. 15 apud SILVA, José Afonso apud NOTARI, M.; DE OLIVEIRA, A. C. A CORRUPÇÃO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 11, n. 1, p. 5 - 27, 16 nov. 2018. Na contextualização histórica dos direitos de “segunda dimensão” está mais do que nunca presente o surto do processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que varreram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX. O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. O período ainda registra o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas. Não menos importante para os avanços sociais são: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do New Deal. Cria-se a Organização Internacional do Trabalho (1919); o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito (nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical). As principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil.

Entretanto a extrema liberdade assegurada pelo Estado Liberal trouxe como consequência uma situação de crise nesse sistema. Um exemplo de situação comum à época é narrado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*:

as condições de trabalho nas fábricas, minas e outros empreendimentos eram extremamente ruins, tanto para o corpo como para o espírito. Nada impedia o trabalho de mulheres e crianças em condições insalubres.²⁶

Diante dessa circunstância, verifica-se o surgimento e o fortalecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, que tem como objetivo a garantia da igualdade material entre os indivíduos, considerando as diferenças existentes entre eles, tal como preceitua Canotilho: “devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”²⁷. Os direitos fundamentais de segunda geração estão vinculados ao segundo valor consagrado pela Revolução Francesa: a igualdade.

Por esse motivo, visando garantir a igualdade material, o Estado fica responsável pela prestação dos ditos direitos sociais – prestações sociais – tais como saúde, educação, habitação, transporte, trabalho, assistência social, previdência social, dentre outros; sendo que tais os direitos são titularizados pelo indivíduo e, ao mesmo tempo, oponíveis ao Estado.

Anteriormente, havia uma discussão sobre o pertencimento ou não pertencimento de tais direitos à categoria de direitos fundamentais, discussão essa já ultrapassada, vez que o atual texto constitucional os consagra desse modo. Ademais, é válido delinear a ligação dos direitos sociais com o já citado fundamento da República, qual seja, a dignidade humana.

Nesse sentido, o doutrinador José Afonso da Silva entende que:

podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, sendo prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade, valendo como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições de materiais mais propícias para alcançar a igualdade real, o que, por sua vez, permite a compatibilidade com o exercício concreto da liberdade²⁸

No que diz respeito a evolução normativa dos direitos fundamentais sociais, é válido destacar que a Constituição Francesa de 1848 estabeleceu os “deveres sociais do Estado para

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 390

²⁸ SILVA, José Afonso apud NOTARI, M.; DE OLIVEIRA, A. C. A CORRUPÇÃO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 11, n. 1, p. 5 - 27, 16 nov. N2018.

com a classe trabalhadora e os necessitados em geral”. Ademais, vale ressaltar que a Constituição Mexicana de 1917 “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”.²⁹

No momento pós Primeira Guerra Mundial, diversos textos constitucionais foram elaborados prevendo normas de conteúdo social, evidenciando, como bem indica Flávio Luís de Oliveira, “o fato de que o Estado passou a exercer uma função ativa, participando do bem-estar social, pois não poderia mais se omitir diante dos problemas socioeconômicos”³⁰

Assim, fica destacada a necessidade dos direitos sociais, que tem como pressuposto a proteção do grupo social, não apenas do indivíduo singularmente considerado, já que todos aqueles que pertencem a um determinado Estado devem ter seus direitos sociais assegurados e respeitados.

Do princípio dignidade da pessoa humana

Inicialmente, é importante ressaltar que “a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro”³¹. Ademais, a positivação do princípio é considerada relativamente recente, muito embora sua existência já tenha sido reconhecida em sociedades de época remotas.

A origem histórica da dignidade humana está ligada a duas grandes correntes de pensamento: a primeira é doutrina cristã que, segundo Juarez Altafin, foi responsável pelo nascimento da ideia de dignidade da pessoa humana no mundo ocidental; e a segunda, a ideia desenvolvida por Immanuel Kant, que propôs, em síntese, que “todos os seres humanos, quaisquer que sejam, são igualmente dignos de respeito, sendo que o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como um fim em si mesmo”.³²

No direito internacional, a dignidade humana ganhou força após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, já que o pós-guerra é momento historicamente lembrado

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174;

³⁰ OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: RIASP, v. 18/98;

³¹ BAHIA, Cláudio José Amaral. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da Pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. V 892/2010. P. 37-86. Fev. 2010.

³² Idem;

como início o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Desde então, é reconhecida como o fundamento dos direitos humanos, vez que se faz presente nos preâmbulos dos mais importantes tratados que versam sobre direitos humanos da ONU, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Já no âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagrou, como pode ser observado no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Mais do que isso, tanto a doutrina, como a jurisprudência pátria são responsáveis por atribuir enorme importância ao princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é reconhecido como o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, já se posicionou José Afonso da Silva, que entende que "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"³³

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet entende que:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988), o nosso Constituinte de 1988 - a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal³⁴

Barroso também sintetiza tão bem a expressão dignidade da pessoa humana, que segundo o jurista expressa:

um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.³⁵

³³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 106

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina

A previsão da dignidade humana na Constituição Federal de 1988 possibilitou maior aplicação do princípio nas situações jurídicas que exigem que tal conceito seja invocado, sendo que o princípio se posiciona também nos mais diversos temas do direito devido ao fato de ser dotado de certo grau de vagueza, facilitando, assim, sua aplicação. Nesse sentido, no âmbito da jurisprudência nacional, Daniel Sarmento destaca, *in verbis*:

O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do ‘verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país’. E são cada vez mais frequentes as decisões que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana. Só no Supremo, por ocasião da finalização da 2ª edição desta obra, eram nada menos do que 314 acórdãos, 2.940 decisões monocráticas e 89 decisões da Presidência invocando o princípio. No STJ, por sua vez, foram 934 acórdãos, 28.544 decisões monocráticas. Essas cifras ainda são pálidas, quando comparadas aos números espantosos do TST: nessa corte superior, há menção à “dignidade humana” ou à “dignidade da pessoa humana” em nada menos que 103.372 acórdãos e 8003 decisões monocráticas. Isso corresponde a quase 4% de todas as decisões proferidas pelo referido tribunal³⁶

O direito fundamental social à saúde e sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República italiana de 1948 é considerada como a primeira a tratar a saúde como direito fundamental³⁷. Como é sabido, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁸, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁹ trazem

(coords.). Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58-59;

³⁶ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição – Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 15

³⁷ “Na Parte I (Direitos e Deveres do Cidadão), Título II (Relações Ético-Sociais), artigo 32, da Carta Italiana, há a elevação da saúde como direito fundamental do homem: Art. 32 – A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. Revista Direito, Santa Cruz do Sul, nº 13, jan./jun. 2000, p. 117

³⁸ Artigo 25-1: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

³⁹ Art. 12-1: Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2: As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

a previsão da saúde como direito inerente ao ser humano, sendo, portanto, direito fundamental. Como ocorreu com os demais direitos classificados como de segunda geração, a saúde passou a receber maior atenção⁴⁰ no período dos pós Segunda Guerra Mundial. Segundo Aith:

A saúde sempre foi objeto de preocupação pública e de normatização, mas foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que as sociedades, por meio do Direito, passaram a dedicar maiores atenções para a produção de normas jurídicas de proteção do direito à saúde. As atrocidades cometidas pelos nazistas e fascistas deixaram explícita a necessidade de haver normas internacionais mais eficazes para a proteção da dignidade humana e dos direitos humanos. Foi a partir de meados da década de 1940 que a comunidade internacional resolveu criar importantes organismos e mecanismos de proteção dos direitos humanos, dando existência, por exemplo, à Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e à Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948.⁴¹

No âmbito nacional, nas constituições anteriores, o direito à assistência à saúde era garantido apenas aos trabalhadores inscritos na previdência social⁴². Desse modo, o Brasil somente passou a tratar a saúde como direito na Constituição Federal de 1988, quando passou a prever a saúde como direito de todos.

Observa-se ainda que, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, a saúde possui sua fundamentalidade⁴³ justificada tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

⁴⁰ “Outros documentos internacionais também reconhecem o direito à saúde, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5º, IV, e); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979 (arts. 11, 1, f e 12); e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (art. 24). Assim também os instrumentos regionais, dentre eles o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 10)” TRETTEL, Daniela Batalha. Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo;

⁴¹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do Direito Sanitário no Brasil. In: O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito à saúde. COSTA; Alexandre Bernardino. et al., (org). Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 70/71;

⁴² “A assistência à saúde individualizada só era garantida aos trabalhadores contribuintes da previdência social. A saúde não era um ramo distinto da área social e não constituía um direito; portanto, praticamente o Estado dela se eximia. Era apenas mais um benefício do sistema previdenciário brasileiro. Aqueles que contribuíam compulsoriamente através do desconto em seu salário, a previdência social garantia aposentadoria, auxílio e assistência médica e hospitalar individualizada ao trabalhador e aos dependentes.

O cidadão que, embora sendo um trabalhador, não contribuísse para a previdência social, não tinha direito aos serviços de proteção e assistência à saúde. Entrava na categoria de “indigente”. Somente ações de saúde coletiva – vacinas, puericultura e os serviços municipais de pronto socorro – eram garantidas a todos os cidadãos indistintamente.” SANTOS, Lenir. O direito à saúde na ordem jurídica. In: Estudos e Pareceres Jurídicos, São Paulo, nº 5, jan./dez. 1994, p. 49;

⁴³ A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos da Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e

A fundamentalidade formal⁴⁴ é justificada pela previsão expressa da saúde no texto da Constituição como direito fundamental do homem, ou seja, a Constituição Federal de 1988, no título que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, classifica saúde como direito social. Por outro lado, a fundamentalidade no sentido formal está ligada ao fato da relevância da saúde como bem jurídico tutelado, vez que, como já destacado anteriormente, não é possível conceber a ideia de existir uma vida digna sem saúde.

A dignidade humana está prevista como princípio basilar da República, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, todo o sistema jurídico brasileiro está vinculado a esse princípio. Como forma de garantir o respeito à dignidade humana, o legislador constitucional elencou, como já citado anteriormente, um rol, no Título II, denominado de direitos e de garantias fundamentais, estando o direito à saúde apontado como um deles. Através da disposição do texto constitucional percebe-se que, os direitos sociais são espécies do gênero diretos fundamentais.

Ademais, a Carta Magna estabelece a saúde como direito de todos e dever o Estado, sendo corolário do direito à vida e, por isso, vincula-se à dignidade da pessoa humana, pois “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à

materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

[...]

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana, parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, nº 11, set/nov. 2007. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> acessado em: 20 nov. 2018;

⁴⁴ Josiane Araújo Gomes coloca que “A Constituição Federal de 1988 é responsável por alçar a saúde ao patamar de direito fundamental, na medida em que, da análise dos textos constitucionais anteriores, verifica-se que a previsão do direito à saúde se limitou apenas à delimitação da competência legislativa para o seu disciplinamento. Com efeito, na primeira Carta Magna brasileira – promulgada em 1824 –, a menção à saúde se restringiu à garantia do exercício da atividade laboral: “Art. 179. [...]. XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, a segurança, e saude dos Cidadãos”. Por sua vez, a Constituição Federal de 1891 não cuidou do tema “direito à saúde”. Já as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, restringiram-se a atribuir à União a competência para legislar sobre a proteção da saúde, nos arts. 10, II; 16, XXVII; 5º, XV, b; 8º, XIV e XVII, respectivamente. Por fim, a Carta Magna de 1969 atribuiu à União a competência para estabelecer e executar planos nacionais de saúde, bem como para legislar sobre defesa e proteção da saúde (art. 8º, XIV e XVII, c) e, ainda, determinou que os municípios aplicassem 6% do repasse da União a título de participação dos municípios em programas de saúde (art. 25, §4º) (GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016, p. 40);

vida”⁴⁵. Conclui-se que não é possível falar em dignidade sem existir condições mínimas de garantia ao direito à saúde, assim como não é possível proteger a vida, sem a necessidade de proteger a saúde.

Para entender ainda mais a vinculação do direito à saúde ao princípio da dignidade da pessoa humana, é válido destacar a definição dada, em 1949, pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para saúde: “um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.”

A conceituação formulada pela OMS é considerada demasiadamente genérica e, nesse sentido, Henrique Hoffman traz uma definição ainda mais completa de saúde, já que, nos dizeres do jurista:

A saúde corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. “Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.”⁴⁶

Desse modo, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988, é totalmente justificável a posição de dignidade da pessoa humana como princípio basilar República Federativa do Brasil. Por causa dessa característica, há uma vinculação entre tal princípio e os todos os direitos tidos como inerentes ao ser humano; especialmente a saúde, uma vez que não possível conceber a existência do referido direito sem garantir a proteção da dignidade e vice-versa.

⁴⁵ ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 20 nov. 2018, p. 01;

⁴⁶ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acessado em: 20 nov. 2018.

2. HISTÓRICO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA ATINENTE AO DIREITO À SAÚDE

Destacam os anos de 1920 e 1930 como o início da saúde suplementar em território nacional, momento em que foram instituídas as primeiras organizações de assistência privada à saúde destinadas a quem trabalhava.

Nesse sentido, foi editado o Decreto nº 4.682 no ano de 1923 – que passou a ser conhecido como Lei Eloy Chaves – tido como o marco inicial da Previdência Social no Brasil. A referida lei representa a consolidação da base do sistema previdenciário brasileiro, pois previa a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP) – que funcionavam a partir de contribuições mútuas de empresas e empregados, visando o fornecimento tanto de benefícios previdenciários, como de assistência à saúde - para aqueles que trabalhavam em empresas ferroviárias, conforme dispõe seu artigo 1º “fica criada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no País uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados.”.

A partir de tal momento, outras empresas foram beneficiadas e, por esse motivo, seus empregados também passaram a ser assegurados da Previdência Social. A mencionada lei é “um marco no começo do modelo de financiamento que viabilizaria a assistência privada à saúde individual, representando o início da transferência de responsabilidade do Estado para o setor privado”⁴⁷

Posteriormente, durante o Governo de Getúlio Vargas, mais precisamente no ano de 1933, houve a criação de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) que visavam atender determinadas categorias profissionais – como comerciários, bancários, industriários, ferroviários, marítimos e servidores do Estado - aos quais cabia a compra de serviços médico-hospitalares. O Instituto de Aposentaria e Pensões dos Comerciários, o Instituto de Aposentaria e Pensões dos Bancários e Instituto de Aposentaria e Pensões dos Industriários são aqueles cuja criação mais se destaca.

Entretanto, verificou-se certa ineficácia na prestação dos serviços fornecidos por tais institutos de pensões e aposentadoria, o que gerou, durante os anos de 1940 e 1950, o processo de instituição de sistemas de assistência médico hospitalar.

⁴⁷ COUTINHO, Joana Chagas. Planos de saúde dirigidos ao idosos e as consequências da aplicabilidade - §3º, 5º, da Lei 10.741/03. Temas de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010, p. 267;

Em 1944, o Banco do Brasil constitui sua caixa de aposentadoria e pensão – denominada Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI) - que é considerado o plano de saúde mais antigo ainda em operação no Brasil.

Nesse sentido, o surgimento dos planos de saúde da forma como são atualmente conhecidos ocorreu nos anos de 1960, tendo origem atribuída tanto à medicina liberal, quanto às entidades filantrópicas, em geral, vinculadas a instituições religiosas. Conforme doutrina especializada, nos anos 50, a participação do setor privado no âmbito da saúde era consideravelmente superior ao setor público, já que mais de 60% dos leitos existentes no País eram de hospitais privados⁴⁸.

Durante o período ditatorial, houve a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – que surgiu da unificação de todos os Institutos de Aposentadorias e Pensões – representando a ampliação da cobertura da assistência médica a todos os empregados formais e aos autônomos que contribuíssem para a Previdência, o que provocou, entretanto, um grande aumento da demanda por serviços médicos. Visando o atendimento dessa nova demanda, foi necessário expandir junto à rede privada de serviços de saúde existente através de dois planos.

O primeiro, o Plano de Coordenação de Atividades de Proteção e Recuperação da Saúde, visava transferir a assistência médica previdência para o Ministério da Saúde. Em um dos artigos do referido plano, há a determinação de que as atividades de assistência à saúde deveriam ser, primordialmente, privadas, sendo que a contratação de tais serviço seria parcialmente descontada dos salários. Ocorre que, devido às fortes pressões sofridas, o projeto foi abandonado.

O segundo plano, o Programa de Pronta Ação, tem origem no então recém-criado Ministério da Previdência e Assistência Social. A respeito de tal modelo, André Médici⁴⁹ explana que:

Esse programa tinha algumas características específicas, cabendo destacar:

a) o destino das ações de alta especialização aos hospitais próprios da rede previdenciária; b) a obrigatoriedade das empresas de prestar assistência aos seus empregados

devendo, para tal, ter serviços próprios ou contratados destinados ao atendimento de seus empregados e dependentes, em casos de doença;

c) a definição de normas para o credenciamento de médicos;

⁴⁸ MÉDICI André Cezar. Incentivos Governamentais ao Setor Privado de Saúde no Brasil. In: Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro.

⁴⁹ Idem;

d) a introdução do critério de livre escolha de profissionais, por parte da clientela previdenciária; - e) a atribuição de prioridade, na celebração de convênios, aos estabelecimentos privados que detenham pronto-socorro, os quais passariam a atender clientela universal.

Além disso, durante o período autoritário também foi criado, a partir do Decreto lei nº 73/66, o Sistema Nacional de Seguros Privados, sendo instituída a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) como responsável pela fiscalização e regulamentação das atividades exercidas pelo setor privado da saúde.

O crescimento do número de operadoras de planos de saúde verificado na década de 60 é explicado a partir de dois fatores: o projeto de desenvolvimento econômico nacional instituído após o golpe de 1964 e o fortalecimento das relações envolvendo os próprios hospitais particulares e os profissionais médicos.

A respeito do primeiro fator, deve ser considerando que o projeto governo ditatorial - visando o crescimento econômico do País – permitiu a abertura do mercado interno brasileiro para receber o investimento de empresas estrangeiras.

Segundo José Cechin:

A saúde suplementar surge com a industrialização do Plano de Metas de Juscelino Kubitschek. Era importante que os trabalhadores das novas indústrias tivessem tratamento rápido e eficaz em caso de doença. Tratava-se de reduzir o absenteísmo e manter a produtividade, por meio de cuidados imediatos e resolutivos aos trabalhadores adoecidos. As empresas multinacionais que aqui se instalaram trouxeram as experiências dos países de origem. O setor público não estava equipado para o tratamento necessário; os serviços prestados pelas Santas Casas de Misericórdia destinavam-se prioritariamente aos mais pobres e sem alternativas. Assim, o setor de planos e seguros de saúde nasceu e se desenvolveu junto com a economia do país. Mesmo a perda de dinamismo da economia a partir da década de 1980 não alterou muito a tendência de crescimento do setor. Havia um mercado a conquistar, pois ainda era baixa a taxa de cobertura mesmo entre as camadas mais bem posicionadas no mercado de trabalho, no que o setor também foi auxiliado pela crescente formalização do emprego até o fim da década⁵⁰

A partir desse contexto, surge a denominada medicina de grupo que pode ser conceituada como a formação de contratos coletivos que disponibilizam cobertura de serviços de saúde aos funcionários das empresas, devendo destacar que esse sistema é financiado pelos empregadores.

Desse modo, na chamada medicina de grupo é autorizado a entidades sem objetivo de lucro organizadas por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos

⁵⁰ CECHIN, Jose (org.) (2008). A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva Letras & Lucros. 2008, p. 17;

hospitais a operar sistemas próprios de pré-pagamento, através do qual o beneficiário recebe do empreendedor uma determinada assistência à sua saúde, que fora pré-definida em contrato, como contraprestação do pagamento em dinheiro, realizado, normalmente, periodicamente.

O segundo fator é o próprio crescimento da rede de hospitais privados e o fortalecimento da classe médica, já que as grandes operadoras de planos de saúde passaram a funcionar no sentido de medicina de grupo e que o próprio Conselho Regional de Medicina – autarquia responsável pela fiscalização e pela normatização da prática médica – foi criado em 1951.

Como já apontado, a edição do Decreto-Lei nº 73, no ano de 1966, passou a regulamentar as operações de seguros e resseguros, bem como instituiu o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar, conforme se depreende. Entretanto, é importante gizar que:

as regulamentações previstas no at. 135 não foram editadas, muito menos havia a fiscalização da aplicação das disposições constantes no decreto-lei nº 73/66, o que, aliado ‘à inoperância do sistema público de saúde, resultou na proliferação de pessoas jurídicas que, mesmo contrariando as disposições normativas referidas, ofereciam, sob diversas modalidades e denominações, serviços de medicina pré-paga’⁵¹

Por causa da ausência de fiscalização e da não edição de normas de visavam proteger os usuários do sistema de saúde suplementar, estes só poderiam, lamentavelmente, ter seus direitos amparados com base no Decreto-Lei nº 73/66 e no Código Civil de 1916, dois diplomas normativos de caráter essencialmente patrimonialista. Tal situação, como bem define Adalberto Pasqualotto, “levou o mercado a um estado anárquico, submetendo os consumidores ao livre jogo das conveniências das empresas”⁵².

O mesmo autor ainda aponta que:

Ao instituir o seguro-saúde, o Dec.-Lei 73 prescreveu o prazo 120 dias para a sua regulamentação (art. 149), fato que nunca se concretizou, propiciando que entidades passassem a funcionar sem qualquer controle, muitas vezes prejudicando os segurados, como anota Maria Leonor Baptista Jourdan. A ausência de regulamentação pública franqueou espaço à autonomia privada. Num setor de atividade dominado pelos contratos de adesão, os abusos seriam inevitáveis⁵³

⁵¹ GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016, p. 75;

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40;

⁵³ Idem

A partir da década de 80 - momento histórico que coincide com a crise da Ditadura Militar e do modelo de assistência ofertado pelo sistema previdenciário - houve um enorme crescimento da demanda dos serviços oferecidos pelos planos e seguros privados de assistência à saúde, surgindo a necessidade de maior atenção na regulamentação e na fiscalização da prestação de tais serviços.

Contudo, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que é considerada um enorme marco na questão da saúde, vez que houve, como já citado anteriormente, o reconhecimento da saúde como direito fundamental de segunda geração - é que houve mudança perceptível no cenário existente na época, já que a natureza de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais vinculava também os entes privados.

É importante ainda destacar que, assim como ocorreu no ramo da saúde privada, a Constituição Federal de 1988 muito agregou à saúde pública nacional. A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) representou uma conquista imensurável, quando comparada com as constituições que antecederam a atual, pois antes do texto constitucional promulgado em 1988, o atendimento à saúde era garantido apenas aqueles que tinham registro no emprego com carteira assinada, mediante desconto no salário para aposentadoria e assistência médica. Percebe-se, portanto, que não era um atendimento universal, como propõe o modelo atual.

O texto constitucional ainda prevê, em artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, bem como, no caput do art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Percebe-se, portanto, que o ramo a saúde suplementar foi recepcionado pelo texto constitucional e, por isso, deve-se ter a Carta Magna – especialmente seus princípios - como orientação, o que, de certa forma, à época, inviabilizaria a existência de planos e seguros privados de assistência à saúde que não observassem os direitos de seus usuários.

Ainda a respeito do art. 199 da Constituição Federal, seu parágrafo 1º prevê que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”. Desse modo, percebe-se que a iniciativa privada possui amparo constitucional para prestar o serviço de assistência à saúde, bem como que o diploma normativo prevê a atuação complementar dessas operadoras de saúde, considerada “apenas uma das hipóteses possíveis de atuação do setor privado na área de

assistência à saúde”⁵⁴, conforme observado no art. 197 da Constituição Federal, sob regulamentação, fiscalização e controle do poder público.

Além de tal previsão, o texto constitucional dispõe a respeito da competência dos entes federativos em matéria envolvendo a proteção e defesa da saúde. Primeiramente, o art. 23, inciso II da Constituição Federal dispõe como competência comum dos entes federativos – a União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal – “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências”. Já no inciso XII do art. 24, há a previsão de competência legislativa concorrente entre União, estados e Distrito Federal em matéria de proteção e defesa da saúde; estabelecendo, por força do art. 30, II, CF/88, a competência legislativa aos municípios para legislar sobre tal tema.

Apesar da previsão constitucional de observância do direito à saúde, o usuário do sistema privado ainda era refém das normas previstas no Decreto-Lei 73/66 e da aplicação os princípios gerais dos contratos previstos na lei civil vigente na época.

Ocorre que tal situação que se modificou com a edição da Lei nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, considerado um marco na regulação dos contratos de saúde suplementar, bem como na proteção de seus usuários frente a atuação das operadoras de planos e seguro-saúde.

O Código de Defesa do Consumidor, cuja elaboração é prevista no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), é considerado “responsável por inaugurar a concepção social do direito contratual no sistema normativo brasileiro”⁵⁵ pois reconhece o latente desequilíbrio existente na relações de consumo, tendo como base a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, “reconhecimento de que o consumidor não está inserido na relação de consumo em condição de igualdade com o fornecedor, pelo simples fato de lhe ser imposta a necessidade de adquirir produtos e serviços, nos modelos, opções e condições impostas por fornecedores.”⁵⁶

Considerando os conceitos destacados no Código de Defesa do Consumidor, percebe-se nitidamente que as contratações referentes à saúde suplementar são relações de consumo, vez que os usuários são os destinatários finais dos serviços médico-hospitalares, o que faz com

⁵⁴ GOMES, Josiane Araujo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016, p. 78;

⁵⁵ Idem, p. 80

⁵⁶ REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo. V 956/2015. P. 89-114. Jun. 2015;

que se enquadrem no conceito de consumidor. Desse modo, é essencial para a garantia do direito à saúde no âmbito privado a observância de tal diploma normativo.

No ano de 1998, a saúde suplementar recebe nova regulamentação com a edição da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, sendo que tal assistência está definida, no art. 35-F da referida lei, como “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”⁵⁷.

Dessa forma, a criação da referida lei tinha como objetivo a regulamentação dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, subordinando-as às normas da agência reguladora do setor, bem como à fiscalização de tal autarquia.

A referida lei trouxe profundas modificações ao sistema legal relacionado a assistência privada à saúde. Como destaca Pasqualotto, há mudanças em relação à sua organicidade, ao definir tanto a natureza das operadoras, como as modalidades de suas atividades; bem como há o reconhecimento de especificidade do ramo – e, por isso, a necessidade da elaboração de uma legislação específica.

Como informado anteriormente, até então, a precária fiscalização e a péssima regulamentação das atividades exercidas pelas operadoras de planos de saúde eram realizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Em 1999, houve a criação da Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS) – por meio da edição da Medida Provisória nº 1.928 e convertida na Lei nº 9.961/2000 - também considerada um grande marco na regulação e fiscalização do ramo. A ANS é uma autarquia sob o regime especial que tem como finalidade institucional, conforme o art. 3º da referida Lei, “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

O art. 4º da Lei 9.961/2000 elenca um rol de competências atribuídas à autarquia, merecendo destaque: elaboração de políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; estabelecimento de características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras,

⁵⁷ BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Jun. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm > Acessado em: 20 de nov. 2018

competência vinculada à previsão do artigo 16 da Lei 9.656/98; elaboração de rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/, bem como suas excepcionalidades, conforme mencionado no artigo 10 da Lei 9.656/98; fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; fiscalização da atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; fiscalização do cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; aplicação de penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, merecendo destaque a existência das parcerias da ANS o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Além dos diplomas legislativos já indicamos, merecem destaques as resoluções normativas publicadas pela agência reguladora do setor. A elaboração das referidas normas de saúde suplementar surge a partir do estudo do mercado, por meio do qual a ANS identifica temas relacionados a saúde suplementar que precisam de uma melhor normatização ou de uma regulamentação mais clara. Posteriormente, são instituídas câmaras técnicas, compostas por especialistas no tema escolhido, que elaboram uma minuta ou versão inicial para a resolução normativa. Após a elaboração, tal documento é submetido a consulta pública através do sítio da agência reguladora e, desse modo, o texto fica disponível para ser apresentado à sociedade, bem como para comentários e sugestões. Na etapa seguinte, os comentários e sugestões são recebidos, podendo utilizá-los em alterações do texto inicial. Por fim, há a deliberação e aprovação da norma pela diretoria colegiada e a assinatura pelo diretor-presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar e, finalmente, a publicação no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da ANS.

Dentre as inúmeras resoluções normativas publicadas pela agência reguladora do setor da saúde suplementar, merecem destaque aquelas que dispõem a respeito dos assuntos ligados aos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde que são mais judicializados, sendo: a Resolução Normativa nº 428, publicada em 2017 - que atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde a ser observados pelas operadoras de assistência à saúde para a cobertura assistencial mínima nos planos contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; a Resolução Normativa nº 438, publicada em 2018 – que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade de carências para beneficiários de planos privados de assistência à saúde; a Resolução Normativa

nº 279, publicada em 2011 – que regulamenta a respeito dos usuários de planos de saúde demitidos e aposentados.

Percebe-se, portanto, a significativa evolução da legislação ligada ao ramo da saúde suplementar em prol dos usuários das operadoras de saúde no período histórico pós Constituição Federal de 1988, sendo considerados os diplomas normativos, atualmente, mais importantes: a Lei nº 9.656/98, as Resoluções-Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como, de maneira complementar, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

DIALÓGO ENTRE A LEI N 9.656/98 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Diante da constatação da existência de diversos diplomas normativos relacionados aos serviços prestados pelas operadoras de assistência à saúde, faz-se necessário destacar a indiscutível existência de um diálogo de complementariedade existente entre a lei nº 9656/98 e o Código de Defesa do Consumidor.

É inevitável fazer uma breve menção a teoria do diálogo das fontes, - desenvolvida na Alemanha pelo jurista Erik Jayme e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques – que possui como essência o entendimento de que as normas jurídicas, não se excluem – a suposta exclusão se justificaria no fato de pertencerem a ramos jurídicos distintos – as sim se complementam, se dialogam. Desse modo, tal teoria justifica a visão unitária e harmônica do ordenamento jurídico, considerando para tanto o pluralismo moderno de normas jurídicas e o fenômeno da comunicação entre tais normas.

No caso específico, ambos diplomas normativos em questão objetivam a proteção do consumidor de serviços, no caso específico, privados de assistência à saúde.

Conforme preceitua Antonio Rizatto:

a Lei 9.656/98 foi elaborada para regular as operações das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de assistência técnica à saúde, nas duas modalidades conhecidas: a) planos de saúde; b) seguros de saúde. É preciso lembrar que pessoas jurídicas que operam os planos de assistência saúde são típicas prestadoras de serviços, conforme enquadramento no art. 3º, caput, c.c. o §1º do mesmo artigo do

CDC, e os usuários dos planos e seguros de saúde são considerados, de sua parte, típicos consumidores 9art. 2º, caput, do CDC)⁵⁸

Nessa senda, diversos doutrinadores apontam sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados em prol da saúde dos usuários de seguro-saúde e de planos de saúde.

O entendimento dos tribunais superiores reiterou-se de tal forma que, em abril do presente ano, foi editada a Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevendo que “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. O presente enunciado substituiu a Súmula nº 469 que dispunha que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

A categoria de planos de saúde de autogestão como ser sinteticamente conceituada como aqueles criados por órgãos, entidades ou empresas para beneficiar um grupo restrito de filiados com a prestação de serviços de saúde, tal como ocorre com a já citada Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI).

A Resolução Normativa nº 137 da ANS, em seu art. 2º, incisos I, II e III, define a operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão como:

I – A pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) sócios da pessoa jurídica; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- f) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- f) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores. (Redação dada pela RN nº 355, de 2014).

⁵⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários à Lei de Planos de Saúde. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13;

II – A pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; (Redação dada pela RN nº 148, de 2007).
- e) sócios ou associados da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão
- f) empregados e ex-empregados, administradores e ex-administradores da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; (Redação dada pela RN nº 272, de 20/10/2011)
- g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; (Incluído pela RN nº 148, de 2007).
- h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora ou mantenedora;
- i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- j) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; (Redação dada pela RN nº 355, de 2014)
- k) as pessoas previstas nas alíneas "e", "f", "h", "i" e "j" vinculadas ao instituidor desde que este também seja patrocinador ou mantenedor da entidade de autogestão; ou

III - pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos seguintes beneficiários: (Redação dada pela RN nº 355, de 2014)

- a) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; (Incluído pela RN nº 148, de 2007).
- b) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão; (Incluído pela RN nº 148, de 2007).
- c) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e
- d) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores.⁵⁹

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEsNw>>. Acesso em 20 nov. 2018;

Vale destacar que a Lei 9.656/98 foi responsável pela criação de um regime jurídico mais rigoroso para os planos de assistência à saúde, considerando um passado legislativo tão silente a respeito de tal tema. Dentre os diversos temas presentes na Lei dos Planos de Saúde, destacam-se: a previsão de exigências mínimas quanto a cobertura, conforme artigos 10 e 12⁶⁰ da referida lei; a proibição da exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data

⁶⁰ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes; (Incluído pela Lei nº 12.880, de 2013); II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; (Incluído pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência) III - quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral; V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites

da contratação dos serviços, por previsão do artigo 11⁶¹, a vedação de suspensão ou de rescisão unilateral do contrato, ressalvadas as hipóteses de fraude ou inadimplemento da mensalidade, de acordo com o artigo 13, parágrafo único 13, II⁶²; bem como a necessidade de clareza nas cláusulas contratuais, em razão do artigo 16⁶³ da referida lei.

DAS OPERADORAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Conceito

No âmbito internacional, os planos e seguros privados de assistência à saúde recebem, conforme consta na classificação fornecida pela Divisão de Estatísticas das Nações Unidas a denominação única de seguro saúde (*health insurance*)⁶⁴. Especificamente, quanto aos seguros de saúde privados, outra organização internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os denomina como *private health insurance*.

das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

⁶¹ Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário

⁶² Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência;

⁶³ Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15; V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); VI - os eventos cobertos e excluídos; VII - o regime, ou tipo de contratação: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) a) individual ou familiar; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) b) coletivo empresarial; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) c) coletivo por adesão; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X - a área geográfica de abrangência; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias. XII - número de registro na ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

⁶⁴ UNITED NATION. International Standard Industrial Classification of All Economic Activities (ISIC) 2002. Disponível em: < <https://unstats.un.org/unsd/classifications/unsdclassifications>>. Acesso em 19 set. 2018.

Já no âmbito nacional, a partir da análise da legislação pertinente ao assunto, qual seja, a Lei nº 9.656/98, que regulamenta as operadoras que prestam serviço de assistência à saúde no âmbito privado, traz, em seu art. 1º, inciso I, a definição para plano privado de assistência à saúde, como sendo:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Inicialmente, através da Medida Provisória nº1908/1999, a intenção do legislador era dividir em duas modalidades: as operadoras de seguros privados de assistência à saúde e as operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A primeira modalidade, seguro saúde, tinha como objetivo garantir a cobertura de riscos de assistência à saúde, através o reembolso de despesas pela ocorrência de fatos previstos como riscos ligados à saúde, tal como a ideia vinculada ao art. 129 do já citado Decreto-Lei nº 73/66, como aquela que envolve o reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas, e também no art. 135 da mesma lei que propõe o contrato envolvendo o pré-pagamento de futuras e eventuais despesas médicas. Fernando Campos Scaff a define como:

o ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, relativas, pois ao pagamento de honorários profissionais, de despesas de internação hospitalar, de exames laboratoriais e clínicos, enfim, de todos aqueles custos advindos dos cuidados à saúde, de acordo com o conteúdo ajustado entre as partes⁶⁵

Sobre essa modalidade, Claudia Lima Marques leciona:

O objetivo principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A afetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores - equiparados)⁶⁶

⁶⁵ SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45;

⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. A abusividade dos contratos a assistência a saúde e de assistência médica no Brasil. Revista Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 22, 1999, p. 22.

Partindo das definições dada pela legislação brasileiro, o contrato de seguro saúde pode ser definido como um contrato típico, ou seja, possui regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente nos art. 757 e seguintes do Código Civil.

Enquanto isso, a operadora de plano de saúde seria aquela que há a prestação dos serviços buscados pelos usuários pela própria operadora de plano de saúde. Segundo a citada Medida Provisória as operadoras de planos privados de assistência à saúde seria “toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros”. Sendo assim, tal prestação ocorre por através “dos profissionais e dos recursos hospitalares laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos”⁶⁷.

Nas palavras de Claudia Lima Marques, “cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença - dos consumidores - clientes ou de seus dependentes”⁶⁸, ou seja, que suporta a existência de riscos eventuais, pois, no caso do seguro saúde, conforme esclarece João Marcos Brito Martins:

ao transferir as consequências financeiras das perdas para a companhia de seguros, segurados trocam a possibilidade de uma grande perda incerta por um pequeno pagamento incerto (prêmio) suportável em seu orçamento. Tal transferência é formalizada através de uma apólice de seguros, documento que materializa o contrato de seguro explicitando os direitos e deveres da companhia de seguro e do segurado⁶⁹

A atual redação demonstra que essa dicotomia foi superada. Conforme indica Amanda Guazzelli “as alterações trazidas à Lei nº 9.656/98, então, aboliram essa distinção, optando por uma conceituação ainda que um tanto confusa, mais ampla que abarcasse qualquer modalidade de prestação de serviços de assistência à saúde”⁷⁰.

Características dos contratos de planos de assistência à saúde

Primeiramente, é válido destacar que os contratos de planos de assistência à saúde são regulados tanto pela Lei 9.656/98, como pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo a aplicação do último diploma normativo prevista na recente Súmula nº 608 do Superior Tribunal

⁶⁷ SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51;

⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais – 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; p. 518;

⁶⁹ MARTINS, João Marcos Brito. Direito de seguro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 11;

⁷⁰ GUAZZELLI, Amanda Salis. A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo;

de Justiça (STJ) que “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Tal categoria de contratos possui diversas características, destacando: a bilateralidade, a mutualidade, a onerosidade, a catividade e a eventualidade.

Diante da constatação da existência de duas partes possuidoras de direitos – já que as operadoras de planos de assistência à saúde e seus usuários possuem prestações e contraprestações recíprocas - percebe-se que referido contrato pode ser classificado como bilateral ou sinalagmático, uma vez que “ele comporta os compromissos recíprocos das duas partes. O compromisso da seguradora é ligado aquele do segurado e vice-versa”⁷¹.

Conforme observa o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, “os contratos de saúde privada são contratos individuais que se sustentam na formação de uma mutualidade”⁷². O caráter da relação referida contratual é essencialmente mutualístico, vez que os gastos com os já citados riscos eventuais são dispersados para um grupo considerável de pessoas, pois tais prestadores de serviços dependem “da coletividade na constituição de um fundo, sem o qual não assumiriam os riscos, e lhes permite, simultaneamente, individualizar as relações com os consumidores”⁷³. Desse modo, verifica-se a ideia base dos seguros está umbilicalmente ligada ao anseio humano de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos da sociedade.

A onerosidade guarda uma íntima vinculação com a primeira característica, visto que os serviços oferecidos pelos planos possuem como contraprestação o pagamento de valor determinado previamente em contrato firmado entre as partes. A onerosidade excessiva devido a reajuste previsto em cláusula abusiva – especialmente nos casos em que o beneficiário é pessoa idosa - é um dos maiores motivos de ajuizamento de ação em face das operadoras de planos de saúde, o que resulta, em muitas vezes, na declaração de nulidade da referida cláusula.

Ademais, o contrato de seguro-saúde pode receber a classificação de contrato cativo de longa duração, vez que, geralmente, as partes possuem relações contínuas e duradouras. Conforme bem destaca Claudia Lima Marques:

o contrato de plano de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurado do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade

⁷¹ COUIBAULT, François; ELIASHERG, Constant; LATRASSE, Michel. Les grans principes de l'assurance. 5. Ed. Paris: Dalloz: 2002, p. 82;

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; CARLINI, Angélica. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil.

⁷³ CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. Seguros e planos de saúde. São Paulo: Juarez de Pliveira, 2001, p. 5;

dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura leal destes eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato de consumo típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer em cadeia, um fazer reiterado, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade.⁷⁴

Por fim, a última característica de destaque dos planos de assistência à saúde, a eventualidade, que está vinculada à aleatoriedade/possibilidade da necessidade dos serviços de assistência à saúde suplementar, e não quanto a qualidade e/ou adequação da prestação de serviços.

DADOS SOBRE OS BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

A presente seção do trabalho indica os dados é resultado de pesquisa feita no site da agência reguladora do setor, a Agência Nacional a Saúde Suplementar (ANS)⁷⁵.

Tabela 1 - Dados sobre os beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez /2008	41.468.019	11.061.362
Dez /2009	42.561.398	13.253.744
Dez /2010	44.937.350	14.514.074
Dez /2011	46.025.814	16.669.935
Dez /2012	47.846.092	18.538.837
Dez /2013	49.505.435	19.472.633
Dez /2014	50.443.738	20.214.938
Dez /2015	49.217.629	20.983.729

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 523

⁷⁵ Dados gerais sobre os beneficiários de planos privados de saúde. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> acessado em: 20 nov. 2018;

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez /2016	47.631.446	21.383.924
Dez /2017	47.209.925	22.569.646
Set/2018 ⁷⁶	47.341.036	24.053.977

Fonte: ANS

Sendo assim, considerando a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em agosto de 2018, a população brasileira foi estimada em 208,5 milhões de habitantes. Desse modo, aproximadamente 22% dos habitantes são usuários de serviços prestados pelos planos de assistência à saúde.

A agência reguladora do setor apresenta a seguinte classificação considerando o regime de contratação. Conforme tal divisão, o contrato ser individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

O contrato individual ou familiar é aquele firmado entre uma pessoa física e uma operadora de plano de saúde, sem a presença de qualquer intermediário, para si – modalidade individual – ou para seu grupo familiar – modalidade familiar.

Por outro lado contrato coletivo, é aquele assinado firmado uma pessoa jurídica – que atua como intermediário - e uma operadora de plano de saúde. Na modalidade contrato coletivo empresarial, a pessoa jurídica é o empregador, que realizada a contratação do plano em benefício de seus empregados. Já na categoria contrato coletivo por adesão, a pessoa jurídica intermediária é o sindicato, que visando a utilização do plano de saúde por seus afiliados.

Tabela 2 – Dados sobre os beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial e tipo de contratação do plano

	Assistência médica com ou sem odontologia	Exclusivamente odontológico
Individual ou familiar	9.105.104	4.147.621
Coletivo empresarial	31.656.173	17.532.122

⁷⁶ Os dados referentes ao ano de 2018 são de setembro do referido ano, pois o presente trabalho foi concluído antes da divulgação dos dados de dezembro de 2018.

	Assistência médica com ou sem odontologia	Exclusivamente odontológico
Coletivo por adesão	6.429.699	2.344.967
Coletivo não identificado	1.331	3.982
Não informado	148.729	25.285
Total	47.341.036	24.053.977

Fonte: ANS

O perfil da população com cobertura privada de saúde é retratado na tabela anterior, que demonstra a elevada porcentagem de usuários que possuem assistência privada por causa do vínculo empregatício.

Percebe-se, portanto, que o acesso a planos e seguros de saúde é realizado, na maioria das vezes, por meio da relação de emprego, o que vincula muito ao fato de, no passado, a ascensão dos planos de saúde no Brasil ter ocorrido em virtude dos empregos oferecidos nas indústrias que chegavam nos anos de Kubitschek.

Além disso, é possível justificar a queda no número de beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial a partir do ano de 2014 – conforme tabela 1 – no momento econômico vivido pelo Brasil, qual seja: o cenário de recessão econômica e diminuição no nível de pessoal formalmente empregadas.

3. FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O fenômeno da judicialização associa-se ainda o fato de a Constituição Federal garantir amplamente o acesso à justiça como direito fundamental, já que segundo o art. 5º, inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por esse motivo, o Estado não pode negar a solucionar conflito, caso alguém sinta que seu direito esteja lesionado ou ameaçado.

Luís Roberto Barroso define a judicialização como sendo a decisão, tomada pelos órgãos do Poder Judiciário, de questões relevantes do ponto de vista político, podendo ser relacionada à educação, saúde, segurança ou outras questões essencialmente sociais. Nas palavras do jurista “Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”⁷⁷

É ainda importante destacar que, no Brasil, a judicialização decorre de diversos fatores. O primeiro é a existência de um Poder Judiciário forte e independente, que tem como consequência a ascensão institucional de juízes e tribunais; sendo que este fator está intimamente ligado com o segundo, qual seja: a decisão dos atores políticos em preferirem que o Judiciário seja a instância responsável por decidir certas questões tidas como polêmicas – um grande exemplo é o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, bem como a descrença e a perda de credibilidade desse poder causadas pela crise de representatividade envolvendo os atores políticos e a sociedade brasileira.

Desse modo, a população recorre cada vez mais ao Poder Judiciário na tentativa de suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, transformando o referido poder no garantidor de tais direitos.

Ademais, a redemocratização que o País sofreu auxiliou no fortalecimento da cidadania e na busca pela justiça na sociedade brasileira, já que a partir desse movimento, os cidadãos tomaram conhecimento de seus direitos e, conseqüentemente, de mecanismos para garantir a

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UFRJ, v. 2, n. 21, jan/jun 2012

concretização de tais direitos, o que aumentou a procura pela proteção de tais direitos junto ao Poder Judiciário.

O reconhecimento da saúde como direito subjetivo, conforme explica Germani e Aith⁷⁸, veio acompanhado da ideia de que sua garantia está associada a existência de prestações positivas do Estado voltadas à promoção da saúde, já que tal direito está associado ao dever do Estado de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Com isso, percebe-se um crescente aumento na demanda do Poder Judiciário para a resolução de conflitos envolvendo as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, já que conforme dados do Ministério da Saúde⁷⁹, entre os anos de 2010 e 2016, os custos decorrentes da judicialização aumentaram em 1010%. Além disso, até outubro de 2017 a União destinou R\$751 milhões para o cumprimento de sentenças.

O Juiz Federal Clelio Jair Schulze divulgou os números atualizados da judicialização da saúde no Brasil - envolvendo tanto a saúde pública, quanto a saúde complementar - observando os dados divulgados na 14ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, considerando os processos ajuizados até 31/12/2017⁸⁰. A tabela a seguir mostra o diagnóstico:

Tabela 3 – Números atualizados da judicialização da saúde

Assunto	Quantidade
Saúde (Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público)	152.201
Fornecimento de medicamentos – SUS	420.930
Tratamento médico-hospitalar – SUS	135.849
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos[3] – SUS	242.684
Assistência à saúde/servidor público	35.356
Ressarcimento ao SUS	4.474

⁷⁸ GERMANI, Ana Claudia Camargo Gonçalves; AITH Fernando Mussa Abujamra. Advocacia em promoção da saúde: conceitos, fundamentos e estratégias para a defesa da equidade em saúde. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 34-59, mar./jun. 2013.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> acessado em 22 nov. 2018;

⁸⁰ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opinio-numeros-judicializacao-saude-2018>> acessado em 22 nov. 2018;

Assunto	Quantidade
Reajuste da tabela do SUS	3.004
Convênio médico com o SUS	1.350
Repasse de verbas do SUS	1.044
Terceirização do SUS	1.328
Planos de saúde (Direito do Consumidor)	564.090
Serviços hospitalares – consumidor	32.172
Planos de saúde (Direito do Trabalho)	76.090
Doação e transplante órgãos/tecidos	1.255
Saúde mental	6.739
Controle social e conselhos de saúde	2.850
Hospitais e outras unidades de saúde	13.125
Erro médico	83.728
Total	1.778.269

Fonte: Conjur

Diante de dados com números tão expressivos, fica evidente que o tema merece atenção de toda a sociedade, devendo ser discutido por diversos setores envolvidos na questão. É interesse do Poder Público, das operadoras de saúde suplementar, bem como da população que não seja necessário o ajuizamento de tais ações – através da observância da legislação vigente e das cláusulas contratuais e também da utilização de mecanismos que tem como objetivo a solução extrajudicial dos conflitos - já o fenômeno da judicialização representa tanto nos orçamentos das operadoras de planos de saúde, como na quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

É perceptível a intervenção do Poder Judiciário nas ações judiciais envolvendo as operadoras de assistência à saúde e seus usuários, e o consequente aumento do interesse em estudar tal fenômeno, conforme bem afirma Mário Scheffer⁸¹.

⁸¹ SCHEFFER, Mário César. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Direito Sanitário, v. 14, p. 122-132, 2013;

Como bem destaca Rafael Robba:

Em 1988, a Constituição Federal trouxe em seu texto que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXXII). Por conta disso, em 1990, foi criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078), o qual estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, relativizando a força normativa dos contratos para atingir a real proteção do consumidor.

A título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor enumera os direitos básicos do consumidor (art. 6º), estabelece uma série de práticas proibidas aos fornecedores de produtos e serviços, por serem abusivas (art. 39), dispõe que a interpretação dos contratos será feita sempre em favor do consumidor (art. 47), assim como elenca diversas hipóteses que permitem a declaração de nulidade de uma cláusula contratual (art. 51).

Por isso, o Código de Defesa do Consumidor tornou-se um importante instrumento para os beneficiários de planos e seguros de saúde, para dirimir seus conflitos, até a criação de uma Lei específica para regulamentar a Saúde Suplementar, a Lei 9.656 de 1998.⁸²

Destaca-se novamente a criação da ANS - através da Medida Provisória nº 1.928/99, convertida na Lei nº 9.961/2000 - autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e que atua, conforme previsão do art. 1º, caput, da referida lei como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

A Resolução Normativa nº 226 de 2010 criou o Procedimento de Notificação de Investigação Preliminar – NIP, instrumento criado pela ANS para solucionar os litígios envolvendo as operadoras de planos de saúde e consumidores, diante da negativa de cobertura. O referido procedimento, atualmente, é regulado pela Resolução Normativa nº 308/2015 da ANS.

O procedimento - muito embora preveja a promoção de medidas que possibilitem a solução dos conflitos envolvendo contratos de saúde - não foi o suficiente para frear a aumento da judicialização da saúde suplementar, mesmo, conforme Robba “com a maior intervenção da ANS na regulamentação do setor, especialmente no segmento dos planos coletivos.”⁸³

Além disso, atendendo à Recomendação nº 36/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi criado o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), plataforma virtual, cujo principal objetivo é a disponibilização de pareceres, notas e informações técnicas emitidas por profissionais ligados à saúde que servirão como subsídio para as decisões dos membros do

⁸² ROBBA, Rafael. Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 42/43;

⁸³ Idem, p. 44;

Poder Judiciário. O apoio do NAT-JUS - é essencial para melhor esclarecimento a respeito da eficiência, da eficácia, da segurança e da evidência científica do tratamento ou do produto apresentado no caso concreto.

Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

O primeiro Tribunal de Justiça selecionado para compor o objeto de estudo do presente trabalho é o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Antes de indicar o resultado da pesquisa de realizada referente às decisões judiciais do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, urge demonstrar os números de beneficiários de planos de saúde na Unidade Federativa. Foram coletados dados divulgados pela ANS, considerando o mês de junho dos anos de 2013 a 2017.

Tabela 4 – Dados sobre os beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial no Estado de Minas Gerais

Ano	Número de beneficiários
Jun/13	5.412.330
Jun/14	5.481.730
Jun/15	5.370.157
Jun/16	5.117.106
Jun/17	5.083.183

Fonte: elaboração própria/ANS

Paralelamente, foi realizada, em novembro de 2018, uma pesquisa de forma *on line* no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)⁸⁴, considerando os acórdãos prolatados em segunda instância pelo referido Tribunal. Com o resultado da referida pesquisa, percebeu-se um aumento considerável nos casos julgados entre os anos de 2013 a 2017. Foram consideradas as seguintes variáveis: numa primeira pesquisa, os termos “plano” e “saúde” e, numa segunda pesquisa, a palavra; “saúde” e o assunto “planos de saúde”, que está englobado pelo tópico “contratos de consumo”. Em ambas as pesquisas, o período considerado é de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano.

⁸⁴ Pesquisa realizada no endereço: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>> Acessado em: 24 nov. 2018;

Tabela 5 – Total de acórdãos prolatados pelo TJMG em causas sobre planos de saúde

Ano	Total de acórdãos (primeira pesquisa)	Total de acórdãos (segunda pesquisa)
2013	1.394	427
2014	2.659	522
2015	1.903	482
2016	1.441	495
2017	1.353	467

Fonte: Elaboração própria /Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerando os dados divulgados pelo Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais, é possível perceber o aumento do ajuizamento de demanda relacionadas aos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde.

Tabela 6 – Total de processos relativos à saúde suplementar no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerando a Justiça Comum e os Juizados Especiais

Ano	Feitos ativos, relativamente a “processos relativos à saúde suplementar”, na Justiça Comum	Feitos ativos, relativamente a “processos relativos à saúde suplementar”, nos Juizados Especiais
2013	12.425	2.671
2014	14.855	2.882
2015	16.006	3.284
2016	21.115	3.722
2017	22.963	3.691

Fonte: Elaboração Própria / Fórum Nacional do Judiciário para Saúde do CNJ

Comparando os feitos ativos no ano de 2013 e no ano de 2017, um aumento de aproximadamente 84% dos feitos da Justiça Comum ligados à saúde complementar. Na competência dos Juizados Especiais, também houve crescimento, aproximadamente 38%.

Em uma análise envolvendo os dados da Tabela 4 e Tabela 6, percebe-se que o decréscimo sofrido, entre os anos de 2013 e 2017, no número de usuários de planos de saúde não foi acompanhado pela quantidade de processos ativos relativos à saúde complementar, tanto

na Justiça Comum, como nos feitos dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do São Paulo

O segundo Tribunal selecionado como objeto de estudo é o Tribunal de Justiça de São Paulo. A mesma pesquisa foi feita junto ao banco de dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar referente ao número de beneficiários de planos de saúde no território do Estado de São Paulo. Considerou-se o mês de junho dos anos de 2013 a 2017 (tabela 7).

Tabela 7 - Dados sobre os beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial no Estado de São Paulo

Ano	Número de beneficiários
Jun/13	18.286.940
Jun/14	18.630.208
Jun/15	18.536.237
Jun/16	17.676.566
Jun/17	17.250.988

Fonte: Elaboração própria/ANS

A pesquisa online realizada junto ao banco de dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁸⁵ considerou os seguintes critérios: os processos com assunto cadastrado como “planos de saúde”, envolvendo: “fornecimento de medicamentos”, “tratamento médico-hospitalar”, unidade de terapia intensiva (UTI)” ou unidade de cuidados intensivos (UCI) e “reajuste contratual”. Foram considerados acórdãos de origem “2º grau” e “colégios recursais”.

Tabela 8 – Total de acórdãos prolatados pelo TJSP em causas sobre planos de saúde

Ano	Total de acórdãos
2013	18887
2014	19844

⁸⁵Pesquisa realizada no endereço: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do> > Acessado em: 25 nov. 2018;

Ano	Total de acórdãos
2015	23115
2016	24546
2017	28360

Fonte: elaboração própria /Tribunal de Justiça de São Paulo

É interessante destacar que, conforme cita Robba, com o crescimento do número de ações judiciais envolvendo conflitos de interesses de operadoras de planos e seguros de saúde e seus usuários, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou, desde 2012, quinze súmulas sobre o tema, sendo elas: súmulas 90 a 97 e 99 a 105⁸⁶.

⁸⁶ Súmula 90: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Súmula 91: Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária.

Súmula 92: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário (súmula 302 do STJ).

Súmula 93: A implantação de stent é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à lei 9.656/98.

Súmula 94: A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora.

Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.

Súmula 99: Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas.

Súmula 100: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98, ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

Súmula 101: O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Súmula 103: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

Súmula 104: A continuidade do exercício laboral após a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo não afasta a aplicação do art. 31 da Lei n. 9.656/98.

Súmula 105 - Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.

Judicialização da saúde suplementar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

O terceiro Tribunal de Justiça escolhido como objeto de pesquisa do presente estudo é o do Estado do Rio de Janeiro. Como nos demais tribunais, primeiramente, fica demonstrada a evolução do número de beneficiários planos de saúde do Estado, considerando o banco de dados da ANS.

Tabela 9 – Dados sobre os beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial no Estado do Rio de Janeiro

Ano	Número de beneficiários
Jun/13	5.968.436
Jun/14	6.103.818
Jun/15	6.000.756
Jun/16	5.680.848
Jun/17	5.469.079

Fonte: elaboração própria/ANS

No caso do Estado do Rio de Janeiro, percebe-se uma única alta do número de beneficiários de planos de saúde referente ao período de junho de 2013 a junho de 2014. Após o que se verifica é uma forte queda – quando comparada com os outros dois Estados aqui pesquisados - verificando uma diminuição superior a 10% de beneficiários, quando comparados os períodos de junho de 2014 e junho de 2017.

A pesquisa online feita junto ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro⁸⁷ considerou os seguintes critérios: pesquisa livre considerando os termos “plano” e “saúde”.

Tabela 10 – Total de acórdãos prolatados pelo TJRJ em causas sobre planos de saúde

Ano	Total de acórdãos
2013	2332
2014	3075
2015	3493
2016	4837

⁸⁷ Pesquisa realizada no endereço: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ConsultarJurisprudencia.aspx?Version=1.1.0.12>> Acessado em: 25 nov. 2018;

Ano	Total de acórdãos
2017	6292

Fonte: elaboração própria /Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Considerando o número de acórdãos dos anos de 2013 e 2017, percebe-se um aumento aproximadamente 170%. O aumento não foi acompanhado pelo número de beneficiários de planos de saúde nessa Unidade Federativa, vez que, compulsando os dados da Tabela 8, houve um considerável decréscimo de usuários.

PROPOSTAS PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Por se tratar de um tema de tamanha sensibilidade – em razão do bem jurídico envolvido – e de grande impacto – em razão das consequências nos orçamentos das operadoras de planos de saúde e na quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário versando sobre conflitos envolvendo as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários – as propostas apresentadas como solução para o fenômeno da judicialização da saúde suplementar existente atualmente no cenário nacional consideram a necessidade de atuação conjunta de diversos personagens relacionados ao tema.

Primeiramente, visando diminuir a quantidade de demandas judiciais relacionadas à saúde suplementar é necessário implementar ações que possam conferir maior eficácia tanto na proteção, como na defesa dos beneficiários de planos de saúde e, conseqüentemente, reduzir a quantidade de conflito entre as partes envolvidas nessa modalidade de contrato.

Tais ações envolvem, como primeira proposta, a elaboração de normas - tanto por parte do Poder Legislativo, como por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar, através da edição de Resoluções Normativas - mais claras e específicas a respeito do tema.

Além disso, considerando que a relação existente entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários é uma relação consumerista, outra proposta consiste no envolvimento de instituições e órgãos ligados à proteção do consumidor, especialmente, com a ampliação dos programas de parcerias já existentes entre a agência reguladora do setor, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON).

Por fim, na fase pré-processual, há a necessidade de melhor previsão e aplicação de sanções administrativas impostas às operadoras de planos de saúde que não desobedecerem a legislação vigente, visando, assim, coibir a lesão dos direitos dos beneficiários.

Em um segundo momento, com surgimento de conflito de interesses entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, o importante é propiciar a possibilidade de discussão em busca da solução consensual e extrajudicial do litígio. Assim, para a promoção da solução das controvérsias, há a necessidade de ampliação da utilização da mediação, da conciliação, da arbitragem e de outras técnicas para a composição de conflitos; destacando que, neste momento, além das partes diretamente interessadas no caso, o diálogo envolveria, novamente, as instituições e os órgãos interessados em discutir a questão – como aqueles já indicados anteriormente.

No último momento, considerando os conflitos de interesses existentes no Poder Judiciário, é interessante a proposta de padronização de entendimento através da criação de varas especializadas no processamento e julgamento de demandas sobre o direito a saúde, formando, assim, cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal estabeleceria um entendimento mais firme e pacífico em relação a cada uma das questões relacionadas ao tema.

Além disso, em razão do importante suporte oferecido pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS) é interessante a proposta de dissipar a utilização das informações emitidas pelos especialistas nas questões envolvendo direito à saúde, já que as informações inseridas na plataforma auxiliam os membros do Poder Judiciário na fundamentação de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do trabalho, é possível perceber que a proteção do direito à saúde é, acima de tudo, uma conquista histórica, vez que o conceito de saúde para a literatura atual abrange muito mais que a simples ideia de ausência de doença. Atualmente, percebe-se um vínculo muito íntimo entre saúde e vida digna, vez que, como já dito, não é concebível a ideia de existir uma vida digna sem saúde, nem de existir saúde sem vida digna.

Essa ligação decorre de diversos acontecimentos históricos destacados, dentre eles, a Revolução Francesa – berço da tão aclamada Declaração Universal dos Direitos Humanos - a Declaração a Independência dos Estados Unidos e, especialmente, a Segunda Guerra Mundial, que foi o evento responsável por provocar fortes indagações relacionadas aos direitos inerentes à vida humana. Com isso, a proteção do direito à saúde prevista em diversos diplomas normativos tanto no âmbito internacional influenciou a previsão de tal proteção na legislação nacional.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposição do art. 6º da Constituição vigente, o direito à saúde é positivado como um direito fundamental social. A Constituição Federal de 1988 representou um enorme avanço, já que foi o primeiro diploma constitucional a possuir tal previsão, acompanhando o movimento de legisladores de diversos outros Estados. O art. 196 prevê que a saúde como direitos de todos e dever do Estado. Ademais, o texto constitucional prevê a possibilidade de criação de assistência à saúde suplementar, devendo o poder estatal ficar responsável pela regulamentação, fiscalização e controle.

Na questão envolvendo o setor privado, até então, o Decreto-lei 73/66 dispunha sobre as relações jurídicas envolvendo operadoras de planos de saúde e de seguros de saúde, sendo responsável por situar o beneficiário de tais serviços em posição de extrema vulnerabilidade, já que ordenamento jurídico nacional trazia proteção mínima a essa parte da relação.

Tal situação se modificou, já que, atualmente, o amparo legal das relações jurídicas envolvendo operadoras de planos de saúde e seus beneficiários está baseado na Lei nº 9.656/98 – lei que dispõe especificamente sobre os planos de saúde – na Código de Defesa do Consumidor – amplamente tido como aplicável nos contratos de planos de saúde, conforme entendimento sumulado pelo STJ – no Código Civil e na Constituição Federal de 1988 –

invocando tanto o caráter subjetivo do direito à saúde, como a previsão de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, também devem ser consideradas as informações trazidas a respeito da judicialização da saúde nos Tribunais. Diante de dados com números tão expressivos – ficando, assim, evidente que a questão se expande cada vez mais no Poder Judiciário – há de se sublinhar que a questão da judicialização da saúde merece destaque de toda a sociedade e a necessidade de discutir o tema. É interesse do Poder Público, das operadoras de saúde suplementar, bem como da população a existência de diálogo entre as partes envolvidas, já que o volume das ações judiciais é crescente e tem causado um grande desequilíbrio nas contas.

Por isso, visando diminuir o número de demandas a respeito da saúde suplementar levadas ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, reduzir os impactos da imposição das decisões proferidas oriundas dessa massiva judicialização, faz-se necessário implementar diversas políticas em tais demandas.

Primeiramente, merece atenção a fase pré-processual que poderá auxiliar nesse processo de desjudicialização da saúde, evitando, assim, o ajuizamento de novas ações que poderiam sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário. Em tal momento, há propostas que abrangem tanto a elaboração de normas mais clara a respeito das diretrizes a serem observadas pelas operadoras de planos de saúde, como a previsão e aplicação de sanções administrativas impostas às empresas que não observarem a legislação vigente.

Num segundo momento, havendo a existência de conflito de interesses entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, a proposta é – em observância à Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça - a busca pela solução consensual – e extrajudicial – dos conflitos. O diálogo envolveria não apenas aqueles que formam a relação jurídica contratual do caso concreto, mas também outros interessados em discutir o tema, dentre eles, o Ministério Público, Defensoria Pública e outras instituições afins.

Por fim, considerando os conflitos de interesses existentes no Poder Judiciário, é interessante a proposta de aumento da segurança jurídica por meio da padronização das decisões, tanto através da criação de várias especializadas, como na ampliação da utilização dos dados disponíveis no NAT-JUS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4.ed. Coimbra: Almedina.

ALVES, Cândice Lisboa. Direito Fundamental à saúde: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018). Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. acessado em: 20 nov. 2018;

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados gerais sobre os beneficiários de planos privados de saúde. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. acessado em: 20 nov. 2018.

BAHIA, Cláudio José Amaral. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da Pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo. V 892/2010. P. 37-86. Fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UFRJ, v. 2, n. 21, jan/jun 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso> acessado em 10 de novembro de 2018.

BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Jun. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm> Acessado em: 20 de nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Disponível em: <

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEwNw==> . Acesso em 20 nov. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora.

CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. Seguros e planos de saúde. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acessado em: 20 nov. 2018.

CECHIN, Jose (org.) (2008). A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva Letras & Lucros. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5ª ed., ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUIBAULT, François; ELIASHERG, Constant; LATRASSE, Michel. Les grands principes de l'assurance. 5. Ed. Paris: Dalloz: 2002.

COUTINHO, Joana Chagas. Planos de saúde dirigidos ao idosos e as consequências da aplicabilidade - §3º, 5º, da Lei 10.741/03. Temas de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 10 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos Direitos Fundamentais. 3.ed. São Paulo: RT; 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Sequência, Florianópolis, v. 31, n. 60, p.29-73, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2010v31n9/15066>>. Acessado em 11 de novembro de 2018.

GUAZZELLI, Amanda Salis. A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo; 2013.

GERMANI, Ana Claudia Camargo Gonçalves; AITH Fernando Mussa Abujamra. Advocacia em promoção da saúde: conceitos, fundamentos e estratégias para a defesa da equidade em saúde. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 34-59, mar./jun. 2013.

GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme: JH Mizuno, 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2001.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade dos contratos a assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. Revista Associação dos juízes do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 22, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais – 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, João Marcos Brito. Direito de seguro. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2002.

MÉDICI, André Cezar. Incentivos Governamentais ao Setor Privado de Saúde no Brasil. In: Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários à Lei de Planos de Saúde. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: RIASP, v. 18/98.

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 20 nov. 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de;

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVISAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 10ª ed. rev., atual. E ampli. Salvador, 2018: JusPODIVM, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo. V 956/2015. P. 89-114. Jun. 2015.

ROBBA, Rafael. Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, nº 11, set/nov. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> acessado em: 20 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEFFER, Mário César. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Direito Sanitário, v. 14, p. 122-132, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores: 2014.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>.

UNITED NATION. International Standard Industrial Classification of All Economic Activities (ISIC) 2002. Disponível em: < <https://unstats.un.org/unsd/classifications/unsdclassifications>>. Acesso em 19 set. 2018.

WOLKMER, 2002, p. 15 apud SILVA, José Afonso apud NOTARI, M.; DE OLIVEIRA, A. C. A corrupção e a violação do direito humano à saúde. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 11, n. 1, p. 5 - 27, 16 nov. 2018.